
A DEFESA DO EXECUTADO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

CRISTIANE DE FREITAS

INTRODUÇÃO.

O artigo em questão irá abordar de forma sucinta a defesa do executado através do remédio processual, os embargos à execução, após a reforma concluída com a Lei nº 11.382/2006, que concerne algumas questões relevantes tais questões como: das condições para o exercício dos embargos, do procedimento dos embargos do executado solvente em ação de execução forçada por quantia certa, quando forem vários os executados, do procedimento dos embargos do executado, do trâmite dos embargos, a matéria de defesa, o reconhecimento da execução e os embargos à adjudicação, a alienação ou arrematação.

A finalidade do processo de execução é a efetividade do próprio direito expresso no título extrajudicial líquido, certo e exigível, daí por que a ação executiva não possibilita o contraditório, não admitindo contestação ao pedido. Contudo, não haveria justiça se fosse vedado ao devedor executado o seu direito de defesa, assim como se também fosse vedado esse direito ao terceiro de se defender quando a ação executiva estiver provocando prejuízos em seu direito material. Não sendo admitida a contestação, mas não sendo justo vedar o direito de defesa ao executado ou a terceiro, é que o nosso legislador regulamentou esta por meio dos embargos; porém, o exercício desse direito de defesa impõe normas específicas para esse procedimento. Tais normas específicas se encontram nos artigos 736 a 740 e 745 a 747 do Código de Processo Civil, os quais de uma forma geral foram modificados pela Lei 11.382 de 6 de dezembro de 2006, que na verdade acabou por modificar a reforma aqui definida; mas, a princípio, parece-nos que ela veio em boa hora e se apresenta totalmente adequada à nossa realidade social.

DEFINIÇÃO

De início vamos encontrar que a nova lei acaba enfatizando a denominação desta defesa, apresentando-a como embargos do executado, os quais se apresentam como meio de defesa colocado à disposição do executado, e por intermédio destes é que o executado pede ao Estado Jurisdicional para que seja estabelecido o contraditório, com objetivo de extinguir a totalidade ou parte da sua obrigação expressa no título executivo extrajudicial. Os embargos do executado se apresentam como uma espécie de ação autônoma, carecendo de distribuição, embora por dependência, com o recolhimento das custas e despesas processuais, e não será mais conhecida como uma ação incidental, porque o seu trâmite

independe do trâmite da ação executiva. Os embargos do executado, embora se assemelhem a uma ação de conhecimento, devam ser assim tratados de forma subsidiária, pois têm um procedimento diferenciado, disciplinado dentro do processo de execução.

Postulados os embargos do executado, este provocará a formação de uma nova relação jurídica processual, em cujo pólo ativo figurará o executado, que recebe a denominação jurídica de embargante, e no pólo passivo encontraremos o exeqüente, que recebe a denominação jurídica de embargado. Dentro desta nova dimensão atribuída aos embargos do executado, estes se apresentam como uma ação de conhecimento de caráter desconstitutivo, uma vez que a procedência do pedido acabará por desconstituir na totalidade ou em parte o direito do exeqüente expresso no título executivo extrajudicial. Também, agora, atribuída aos embargos do executado uma ação autônoma, desvinculada do trâmite da ação executiva, a mesma não pode mais ser considerada uma ação incidental. Veremos que os embargos apresentam sob várias espécies, ou seja: pode se apresentar como embargos do executado por título executivo extrajudicial, embargos de retenção por benfeitoria, embargos à arrematação e embargos à adjudicação. Vamos abordar r os embargos ao direito de execução, pelos quais se deduz a pretensão para desconstituir o título executivo extrajudicial, ou até mesmo desconstituir a ação executiva, oferecendo provas do pagamento da dívida, ou do cumprimento da obrigação, inclusive a novação da obrigação e até mesmo a remissão da dívida. Os embargos compreendido como atos de execução tem como finalidade apresentar imposição contra a regularidade formal do título, ou até mesmo de qualquer outro ato sucessivo do processo. Apenas para registro cumpre observar que os embargos por ato de execução também era promovido para alegar a nulidade da citação, mas com a renovação o pedido de eventual nulidade de citação da ação executiva deverá ser combatida com pedido específico, tal como se procede no processo de conhecimento, pois, ora em diante o executado é citado para apresentar embargos à execução no prazo de 15 (quinze) dias a contar da certidão da juntada da citação nos autos, e que para o exercício desse direito de defesa não se faz necessário à garantia do juízo.

CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Como toda e qualquer ação, os embargos à execução deverão conter as condições gerais de toda ação, ou seja, a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, e somente poderá ser apreciado o mérito dos embargos depois de constatadas as condições da ação. Anteriormente à reforma, apresentava-se como requisito suplementar, no caso de execução forçada por quantia certa contra devedor solvente, para

o exercício dos embargos à execução, a garantia do juízo, a qual era formalizada pela penhora de bens suficientes para a garantia total da execução; outro requisito era a determinação do prazo para oferecimento dos embargos, que era de 10 (dez) dias. Porém, com a reforma originada pela Lei aqui tratada, percebemos que esses requisitos ou condições essenciais, chamados de suplementares, deixaram de existir, pois o executado poderá postular embargos à execução, independentemente de penhora, depósito ou caução, e o prazo para opor embargos é de 15 (quinze) dias a partir da juntada do mandado de citação nos respectivos autos conforme estabelece o artigo 738 do Código de Processo Civil:

“Art. 738 CPC- Os embargos serão oferecidos no prazo de 15(quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”

Deve ser observado com muita atenção que a dispensa de penhora, depósito ou caução, assim com o prazo de 15 (quinze) dias a contar da certidão de juntada nos autos do mandado de citação, é regra específica para a defesa de execução forçada por quantia certa contra devedor solvente, oriunda de título executivo extrajudicial. Porém, quando os embargos do executado tratar-se de execução por título executivo extrajudicial para entrega de coisa, ou até mesmo para execução das obrigações de fazer ou não fazer, o prazo e a forma são os determinantes nos artigos 621 e 632, respectivamente, os quais não sofreram qualquer alteração. A esse respeito, acreditamos que o nosso legislador cometeu equívoco, pois deveria ser unificada a forma de apresentação dos embargos à execução por título executivo extrajudicial, sendo a ação executiva de qualquer espécie, isto é, tanto para a entrega de coisa, obrigação de fazer e não fazer, e para recebimento de quantia em dinheiro. Manter a forma anterior é favorecer a má interpretação e o erro, os quais, sem dúvida, são obstáculos à celeridade processual.

DO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DO EXECUTADO SOLVENTE EM AÇÃO DE EXECUÇÃO FORÇADA POR QUANTIA CERTA

O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. Os embargos serão distribuídos por dependência, porém autuados em apartado, e instruídos com cópias das peças processuais relevantes ao procedimento. Conforme aduz o artigo 736 do Código de Processo Civil:

“Art.736 CPC. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias (art. 544, §1º, in fine) das peças mais relevantes.”

Na prática, devemos observar que por diligência o embargante deverá juntar aos embargos cópias extraídas do processo de execução, sendo imprescindível a prova da distribuição, do conteúdo da petição inicial, da procuração, da planilha de cálculo aritmético, e do próprio título executivo extrajudicial. As cópias das peças extraídas do processo de execução deverão ser autenticadas, podendo essa autenticação ser promovida pelo próprio advogado, e sob sua responsabilidade pessoal, cuja norma é subsidiada no processo de conhecimento, pela utilização da parte final do parágrafo primeiro do artigo 544. Além de tais cópias o exeqüente poderá juntar outras, que sejam relevantes, além da obrigação de levar com a inicial a prova documental que dispuser para provar as suas alegações quanto à desconstituição do título executivo extrajudicial, ou até mesmo da dívida. A distribuição estará sujeita ao pagamento das custas e despesas processuais, conforme dispuserem as normas de cada Estado-Membro.

Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação, obedecendo à forma trazida no processo de conhecimento, ou seja, excluindo o dia da citação e contando o dia do seu vencimento; por fim, o início ou final do prazo que recair em dia que não houver expediente forense será prorrogado para o próximo dia útil seguinte.

DOS EMBARGOS, SE FOREM VÁRIOS OS EXECUTADOS.

Nas normas anteriores era matéria de grande discussão o direito de promover os embargos à execução quando vários fossem os executados, e a penhora tivesse recaído em bens de um único credor. Entre os doutrinadores se divergia, uns defendendo a possibilidade de todos os executados, outros defendendo apenas a possibilidade daquele que teve bens penhorados, e tal discussão permanece. Mas, essa situação acabou sendo pacificada pela orientação consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que disciplina:

“(...) seguro o juízo por um dos co-devedores, pela penhora efetivada em bens de um único executado, todos têm legitimidade para oferecer embargos à execução.” (Resp. 30584-0/AM, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. De 02.03.1993, DJU de 05.04.93, p. 5837 – no mesmo sentido Resp. 31.748-8/MG.).

Contudo, essa dúvida veio resolvida na reforma introduzida especialmente pelo parágrafo primeiro do artigo 738, que determina que, quando houver mais de um executado, o prazo

para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, sendo que essa regra não será aplicada tratando-se de cônjuges. A regra não se tornou clara, ao excepcionar a não-aplicação do prazo para interpor embargos quando tratar-se de cônjuges. Estendemos que a regra determina que? Quando a execução originar-se de título de crédito extrajudicial que tem como devedores marido e mulher, os mesmos não serão considerados litisconsortes. Os embargos à execução são uma espécie de ação de conhecimento com procedimentos diferenciados, e não perdem a natureza jurídica de ação; por isso, não se há de falar em prazo diferenciado para promover a ação. Se a dívida é do casal, ambos serão citados, e o prazo será único para ambos, ou seja, de 15 dias, contados da juntada do mandado de citação aos respectivos autos. O mesmo tratamento expresso na regra contida no § 3º do artigo 738, foi a proibição de ser aplicada para a interposição dos embargos a contagem dos prazos em dobro, quando houver litisconsórcio e cada um dos litisconsortes tiver procuradores diferentes, conforme determinação do artigo 191. Afirmamos que a regra é interessante, pois, na verdade, a regra seria ação de conhecimento, não se pode falar em contagem diferenciada de prazos, pois esta somente será admitida quando se tratar de contestação, em sua verdadeira concepção jurídica. Por tal motivo cumpre também evidenciar a impossibilidade de aplicar a norma contida no artigo 188, que faculta a contagem de prazo diferenciado para a Fazenda Pública.

DO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DO EXECUTADO

Da distribuição

Conforme determina a regra contida no parágrafo único do artigo 736, os embargos do executado deverão ser distribuídos porque, a partir de agora, o mesmo assumiu de vez a espécie de uma ação autônoma, a qual obedece às regras processuais do processo de conhecimento, embora apresente algumas formalidades especiais ou diferenciadas. Por esse motivo os embargos do executado estão sujeitos ao reconhecimento das taxas processuais. O valor das taxas processuais é fixado pelas normas do respectivo Estado-Membro ao qual compete a administração da Justiça. Cumpre observar que na maioria das vezes o executado, embora não seja pobre, não possui condição financeira para o imediato pagamento da taxa processual; por isso existe a previsão legal do diferimento dessa taxa processual, desde que comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento, cujo benefício é estendido tanto para a pessoa física como a jurídica. Evidente que o executado que não tiver condição financeira para pagamento das taxas processuais, custas e milia, gozará de isenção nos termos da Lei 1.060/50, além da

garantia constitucional da gratuidade da justiça oferecida pela norma contida no inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Da petição inicial

Por se tratar de uma espécie do processo de conhecimento, embora com procedimentos diferenciados, os embargos do executado não perdem as características de uma ação inicial e por isso a sua petição inicial deverá estar adequada aos requisitos essenciais determinados pela norma cogente contida no artigo 282 e seus incisos, sob pena de a mesma ser indeferida por inépcia. Em relação ao valor da causa, deverá ser obedecida a disposição do artigo 258, e por inteligência dos demais dispositivos o valor da causa deverá ser, em geral, o valor atribuído na ação executiva. Porém, entendemos que, se os embargos do executado versarem apenas sobre parcela da dívida, o valor da causa deverá se identificar a este. O que não se pode é atribuir valor à causa de forma aleatória, como observamos na maioria das vezes.

Por força da disposição contida no parágrafo único do artigo 736, combinado com o artigo 283, a petição será instruída com cópias das peças relevantes e constantes na ação executiva, assim como de outros documentos que o embargante possua e que sirvam para provar as suas alegações. Se a petição inicial não vier assim instruída, o juiz deverá determinar que o embargante emende a inicial no prazo de 10 (dez) dias, e junte os documentos necessários, sob pena de indeferimento da inicial. Estando a petição em ordem, o juiz irá apreciar de imediato a sua rejeição liminar ou seu recebimento, para que em seguida sejam praticados os demais atos processuais.

Aspecto interessante e de relevo é a possibilidade jurídica de se apresentar nos embargos do executado matéria preliminar de mérito, ou defesa processual, tais como execução de competência, ilegitimidade de partes, etc. Na prática isso é uma constante, onde em embargos do executado o embargante apresenta preliminar de mérito, o que é plenamente aceito, e na verdade deve ser aceito porque não se deve ficar negando justiça em nome de formalidades inócuas; contudo, dentro da técnica processual essa forma não está adequada, pois, defesa preliminar de mérito é possível somente com a contestação. Por exemplo, entendemos que o Embargante possa apresentar exceção de incompetência relativa do juízo, aguardar a decisão, para depois proceder com os embargos, o mesmo acontecendo se alegada for a nulidade da citação; porém, se tiver que alegar exceção de incompetência de natureza absoluta, ou qualquer matéria que se identifique como matéria preliminar de mérito, a mesma deverá vir na petição dos embargos do executado como matéria de mérito, onde o juiz, ao sentenciar, deverá indicar se está oferecendo a tutela

jurisdicional invocada com ou sem resolução de mérito. Razão maior existe para se apresentar desta forma o procedimento, agora disciplinado pela Lei renovadora que aqui se especifica.

Como os embargos do executado gozam de autonomia processual e se apresentam como uma espécie de ação autônoma, mesmo que com procedimentos diferenciados, será plenamente possível o embargante postular na inicial o pedido de antecipação de tutela, desde que existam prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e, ainda, se estiver caracterizado o abuso do exeqüente e se a concessão da tutela não demonstrar perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. O pedido da tutela deverá ser formalizado conforme expressa determinação do artigo 273, seus incisos e parágrafos.

Competência estabelecida no próprio foro da execução

Como já afirmado anteriormente, os embargos do executado serão distribuídos por dependência, porque competente para sua decisão é o juízo por onde tramita a ação executiva por título extrajudicial. A competência é determinada pelo juízo da execução, e por essa razão a competência é da espécie funcional, competência de natureza absoluta, tornando nulos de pleno direito todos os atos processuais que eventualmente forem praticados pro juiz incompetente. Além do que, por ser de natureza absoluta, essa incompetência poderá ser decretada de ofício, alegada pelas partes, e reconhecida em qualquer momento processual, podendo mesmo ser reconhecida após o trânsito em julgado da sentença, por via da ação rescisória, conforme expressa determinação no inciso II do artigo 485.

Da competência quando for por carta

Permaneceu qualquer modificação a norma contida no artigo 747, o qual disciplina que na execução por carta os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, o melhor seria determinar que a competência sempre fosse do juízo onde tramita a execução ou deprecante, inclusive para facilitar a distribuição e andamento do feito. A distribuição é por dependência, e por via do protocolo integrado. Mantida a regra permanece a permissão de ocorrência de inusitado, ou seja, a possibilidade jurídica para interposição de dois embargos do devedor para a mesma execução, pois, se uma das matérias dos embargos for vício ou defeito da penhora, avaliação ou alienação, o mesmo é de competência do juiz deprecado, mas, se o executado

também pretende apresentar outra matéria de defesa para desconstituir o título executivo extrajudicial ou a própria execução, a competência será do título executivo extrajudicial ou a própria execução, a competência será do juiz deprecante. Melhor seria ter mantido como única a competência do juiz deprecante para decidir os embargos do executado.

O TRÂMITE DOS EMBARGOS DO EXECUTADO

A rejeição liminar

Recebidos os embargos em primeiro plano, o juiz irá averiguar se os embargos do executado são tempestivos; se tempestivos, apreciará a petição inicial para averiguar se a mesma se apresenta apta, conforme exige o artigo 295, seus incisos e parágrafos, e satisfeitos tais requisitos o juiz irá apreciar se os embargos do executado foram apresentados com objetivos manifestamente protelatórios. Deparando-se com qualquer das hipóteses aqui indicadas, ou seja, se os embargos do executado forem intempestivos, se a petição inicial for inepta, ou se os embargos se apresentarem como manifestamente protelatórios, o juiz deverá, de imediato, de forma liminar, rejeitar os embargos, determinando a sua extinção e arquivamento. Não há dúvida que, se assim proceder, o juiz estará praticando o seu exclusivo ato processual denominado sentença, mesmo extinguindo o processo sem resolução de mérito, e este ato poderá ser combatido por via do recurso de apelação.

Neste contexto, verifica-se procedente o que discorre o assunto supra mencionado pelo saudoso Dr. Geraldo Aparecido do Livramento, in verbis¹:

“Observo que para a rejeição liminar dos embargos do executado, quando forem intempestivos, ou porque a petição inicial é inepta, não traz nenhuma dificuldade para o julgamento e conformismo da parte; porém, a inovação poderá trazer dificuldades ao juiz para de imediato formar convencimento de que os embargos do executado são manifestamente protelatórios. É possível que uns magistrados adotem a seguinte posição: “não se pode dizer que são protelatórios sem estabelecer o contraditório e instrução”; e que outros adotem esta, contrária: “em princípio, todos os embargos são protelatórios”. Será espinhosa essa posição para os magistrados, advogados e consumidores da justiça; prevê-se que o tema provocará sérias discussões doutrinárias e acadêmicas, e por fim acabará sendo resolvido por nossos Tribunais por via da jurisprudência”

Anoto que se o magistrado rejeitar liminarmente o recebimento dos embargos do executado manifestamente protelatórios, não poderá deixar de reconhecer que o embargante está litigando de má-fé, em total ofensa aos preceitos contidos nos incisos III, IV, V e VI do artigo 17, e obrigado estará a aplicar a

¹ Geraldo Aparecido do Livramento. **A nova execução por quantia certa e os novos embargos do executado.** Teoria e prática. 2ª ed. 2008. 219 p.

sanção civil por essa litigância, conforme determinação expressa no artigo 18 e respectivos parágrafos. Situação interessante seria se o juiz rejeitasse, porque procrastinatórios, e não reconhecesse o embargante como litigante de má-fé e não aplicasse a respectiva sanção ou multa processual. A sentença se apresentaria contraditória? Creio que sim. Mas poderia o Embargo atacar a decisão por Embargos Declaratórios? Creio que não, pois não faz parte da relação jurídica processual pretendida com os Embargos do Executado. Como os Embargos à execução são uma espécie de processo de conhecimento, mas com procedimentos diferenciados, e a sua relação jurídica processual advirá de forma anômala, pois o embargo não será citado para responder os termos do Embargo do Executado, será intimado, na pessoa de seu advogado, para se manifestar quanto aos embargos do executado se interesse houver, parece-me que na omissão da condenação como litigante de má-fé do Embargante poderá o Embargado a qualquer tempo, antes de extinta a execução, pedir ao juízo a correção do manifesto erro processual, para que seja reconhecida a litigância de má-fé e a aplicação da respectiva sanção civil, e a decisão deste será por via de interlocutória, oferecendo oportunidade para que as partes, por via de agravo da modalidade de instrumento, levem a questão ao Tribunal para ser decidida. Se não admitida essa hipótese, a contradição do magistrado sem nenhuma dúvida não comportará qualquer recurso por parte do Embargado; mas, como houve ferimento ao direito líquido e certo, a parte poderá intervir por meio do Mandado de Segurança. O Embargado poderá promover a cobrança da indenização pela litigância de má-fé no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por execução, pois esta é a norma contida no artigo 739-B.”

O nosso legislador também determinou o mesmo remédio para cobrança de indenização por litigância de má-fé, na hipótese de vir a ser condenado o embargo, e o Embargante poderá cobrar a indenização no próprio processo de execução, em autos apartados, por via da compensação, se ainda restar débito a ser pago, ou por execução. Se os embargos do devedor forem postulados parcialmente, e julgados procedentes, restando débito para pagamento, e sendo o Embargado condenado como litigante de má-fé, existe lógica jurídica na forma de cobrança por via da compensação. Contudo, se os embargos do executado forem julgados totalmente procedentes, e se o Embargado vier a se condenado com litigante de má-fé, acreditamos que o título de crédito é judicial e por isso não comportará prosseguir na execução, devendo ser determinado o cumprimento da sentença nos moldes trazidos pela Lei 11.232. Dessa forma, acreditamos ter havido conflito de normas, pois, enquanto existe a vedação de processo de execução por título judicial, as novas normas dos Embargos do Executado parecem querer ressuscitar esta possibilidade de execução por via do processo de execução. Entendemos que nessa hipótese o Embargante deverá proceder à liquidação da sentença, requerendo ao juiz que proceda á intimação do devedor para o pagamento na forma do artigo 475-J e demais pertinentes.

O recebimento dos embargos

Estando devidamente formalizado o pedido e ultrapassado o crivo da rejeição liminar, o juiz receberá os embargos; contudo, a estes não se atribuirá efeito suspensivo, indicando que a execução prossiga ao mesmo tempo em que os Embargos do Executado tenham seu trâmite regular e independente. Todavia, será permitido ao embargante em sua inicial formular pedido para que os mesmos sejam recebidos no efeito suspensivo, indicando o sobrestamento da execução enquanto não decididos os Embargos. Mas o Embargante terá que sustentar o pedido de recebimento no efeito suspensivo, provando que o trâmite da execução poderá causar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação.

Embora a norma contida no parágrafo primeiro do artigo 739-A deixe entender que atribuir o efeito suspensivo aos Embargos do Devedor é uma faculdade do juiz, assim não entendemos, pois foram impostas determinadas situações para que o juiz possa conceder tal efeito. Tanto que, além da demonstração e prova de que a continuidade da execução poderá trazer ao Embargante grave dano de difícil ou incerta reparação, o Embargante já deverá ter garantido o juízo ou a execução por penhora, depósito ou caução suficiente. Embora tal disposição legal venha provocar sérios debates acadêmicos, em que se defenderá ser inviável e impossível o trâmite simultâneo da execução e dos embargos do executado, temos como acertada essa decisão, porque, em geral, o que a experiência nos indica é que quando o Embargante, de forma séria e jurídica, vislumbrar a probabilidade de procedência é porque terá condição de comprovar os danos que poderá sofrer com o prosseguimento da execução, assim com terá condição de garantir o juízo. Que não se afirme que, embora a procedência dos Embargos de Execução seja provável, poderá ocorrer de o Embargante não ter condição para garantir a execução por meio de penhora, depósito ou caução, mas, se assim for, será impossível o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. A nosso ver, as medidas aqui determinadas, embora tardias, vieram garantir o Estado Social Democrático do Direito, assim como privilegiar o credor, que quase sempre tem razão, em prejuízo do devedor, que raramente tem razão. Em virtude, parece que não vieram com o manto do neoliberalismo ou nossos legisladores assim não se aperceberam.

O pedido da atribuição do efeito suspensivo da execução com o recebimento dos embargos do executado será proferido por meio de uma decisão interlocutória, possibilitando aos interessados combatê-la por via do recurso de agravo na modalidade de instrumento. O juiz poderá deferir o pedido do Embargante, recebendo os Embargos e atribuindo o efeito suspensivo, porém, para isso haverá necessidade de que o juiz se convença dos relevantes fundamentos apresentados na direção de que a execução poderá causar ao Embargante

grave dano de difícil ou incerta reparação, e que a execução já esteja garantida pela penhora, depósito ou caução suficiente.

A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento do Embargado, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que se formule o pedido, e o juiz por decisão fundamentada deverá deixar expresso que cessaram as circunstâncias que a motivaram. Essa modificação ou revogação a qualquer tempo, do efeito suspensivo concedido, também poderá ser determinada de ofício, em razão do poder geral de cautela que obriga o juiz a proteger as partes de eventuais prejuízos. Entendemos que também é possível ao Embargante, a qualquer tempo, apresentar o pedido de atribuição do efeito suspensivo à execução, desde que satisfeitas as exigências legais, e até mesmo de renovar o pedido de concessão dos efeitos se estes á lhe foram negados anteriormente, mas isso será possível se Embargante conseguir provas do grave dano na forma legal. Nosso legislador deveria ter disposto ser irrecorrível a decisão que aprecia pedido de atribuição do efeito suspensivo, ou, se possível, apenas na modalidade retido. É chegada a hora de valorizar o juízo de primeiro grau, no mínimo em suas decisões interlocutórias, que na grande maioria das vezes são mantidas, e, se não mantidas, nenhum prejuízo praticamente importará às partes.

Concedido o efeito suspensivo aos embargos do devedor que disserem respeito apenas à parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante. A concessão desse efeito aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. A concessão do efeito não impedirá a efetivação dos atos da penhora e avaliação.

Embargos com fundamento no excesso de execução

Quando o Embargante oferecer embargos do executado e apresentar como fundamento o pagamento ou desobrigação parcial da obrigação, está obrigado a declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não-conhecimento desse fundamento. No caso em tela e na hipótese de o Embargante não trazer a planilha de cálculo, a sua petição inicial será inepta, pois é obrigado a juntar tal planilha na petição, tanto que a norma contida no parágrafo quinto do artigo 739-A traz o seguinte comando: “deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo”. Além disso, estará caracterizado que o mesmo apresentou os Embargos do Executado apenas para efeito procrastinatório, e além dos embargos serem liminarmente rejeitados o juiz deverá declarar o embargante como

litigante de má-fé, e assim condená-lo, exceto se o excesso de execução não for o único fundamento dos embargos do executado, pois nessa hipótese apenas esse pedido deverá ser conhecido. Reiteramos: se houver condenação ao pagamento de multa ou de indenização decorrentes de litigância de má-fé, a cobrança será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução. Além dessa condenação por litigância de má-fé, por expressa determinação do parágrafo único do artigo 740, no caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exeqüente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, que certamente é destinado ao exeqüente embargado. É possível que surjam vozes afirmando que, se aplicada uma sanção, não poderá ser aplicada a outra, para que não se reproduza um castigo exagerado ao inadimplente. Tal afirmativa estará em desacordo com o princípio de justiça e justiça célere, pois o Estado Jurisdicional no processo de execução não é parcial, tem que ser imparcial, estar na defesa do cumprimento do Estado Social Democrático de Direito, obrigando o inadimplente a cumprir com sua obrigação. Aquele que não quiser ser duramente castigado, que cumpra com suas obrigações ou, se impossível o cumprimento, ao menos se conduza com urbanidade e boa-fé, não colocando a justiça em descaso, utilizando-a apenas para retardar o cumprimento de sua obrigação, que na verdade, com o passar do tempo, acaba por desaparecer.

A reposta dos Embargos do Executado

Os embargos do executado sendo recebidos, será determinada a intimação do exeqüente Embargado, na pessoa de seu advogado, para que este, no mesmo prazo de 15 (quinze) dias da intimação, apresente manifestação ou impugnação aos embargos e inclusive indique as provas que eventualmente pretende produzir. Com ou sem a manifestação do Embargo, se a questão de mérito do embargos do executado for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, o juiz julgará imediatamente o pedido, tal como se julgamento antecipado da lide fosse, ou se assim não for designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, e deverá proferir a sentença no prazo de 10 (dez) dias. Não é possível a decretação da revelia nem a aplicação de seus efeitos ao exeqüente embargado que não manifestar-se ou opor-se aos embargos do executado, porque o mesmo não é citado para oferecer defesa, e nem constará da intimação a determinação de que, se não apresentar defesa, poderão ser presumidos como verdadeiros os fatos articulado pelo autor. Além disso, temos que a relação autônoma estabelecida com os embargos do executado é especial, uma vez que compete ao embargante a prova dos fatos constitutivos do direito do exeqüente, e a prova que o

exequente necessita produzir já se encontra nos autos, que é o título executivo extrajudicial, e este, a prova documental de seu direito. Como muito bem ensina Humberto Theodoro Júnior (op. cit., p.387).:

“A sentença dos embargos, dessa maneira, é sempre proferida com base no que prova o devedor, e nunca por decorrência de silêncio ou inércia do credor.”

A decisão dos embargos será por via de sentença, ato praticado pelo juiz que pode ser com ou sem resolução de mérito, a qual pode ser combatida por via do recurso de apelação; mas, se os embargos forem julgados improcedentes, o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, por expressa determinação contida no artigo 520, inciso V. Na sentença o sucumbente deverá arcar com as verbas a esse título, inclusive a verba honorária dos advogados, e, como os embargos à execução passaram a ser independentes da execução, os honorários fixados na execução não podem ser alcançados pelos honorários a serem fixados nos embargos do executado. Tais honorários não mais se comunicam, inclusive é impossível a sua compensação.

A MATÉRIA DE DEFESA NOS EMBARGOS DO EXECUTADO

O artigo 745 fixou as matérias de defesa que poderão ser alegadas pelo Embargante nos embargos do executado, apresentando-as como: 1. nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; 2. penhora incorreta ou avaliação errônea; 3. excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; 4. retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa; 5. qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Nenhuma dificuldade apresenta a matéria de defesa, quanto à nulidade da execução, pois esta assim será declarada quando o título executivo extrajudicial não contiver qualquer um dos requisitos essenciais do título executivo extrajudicial, ou seja, a certeza, a liquidez e a exigibilidade. Também não apresenta dificuldade quando se tratar de penhora incorreta ou avaliação errônea, e neste aspecto vislumbra a possibilidade de o executado oferecer embargos alegando que o bem penhorado pertence a terceiro, e inclusive podendo na inicial proceder com a denunciação à lide do terceiro de boa fé que seja possuidor ou proprietário do bem sobre o qual recaiu a penhora. O excesso de execução ou a acumulação indevida de execução, sendo esta espécie de excesso de execução, apresenta-se: a) quando o credor pleiteia quantia superior ao título; b) quando recai sobre coisa diversa daquela declarado no título; c) quando a execução se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença; d) quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde,

exige o cumprimento do devedor; por último, e) se o credor não provar que a condição se realizou.

Quando a execução suportada em título executivo extrajudicial tiver como objetivo a entrega de coisa certa, ou até mesmo incerta, por uma questão de coerência jurídica o devedor pode interpor embargos de retenção por benfeitorias, tendo como suporte jurídico o direito de ser ressarcido das benfeitorias necessárias e úteis que edificou ou agregou sobre a coisa, e isso lhe garante ser mantido na posse da coisa até que seja devidamente indenizado, conforme dispõe o artigo 1.219 do Código Civil. É necessário dizer que estes embargos têm característica primordial de dar possibilidade jurídica apenas ao possuidor de boa fé. A lógica jurídica demonstra que tais embargos deverão ser alcançados pelo efeito suspensivo, caso contrário não seria possível garantir o direito material positivado do detentor de boa fé em permanecer com a coisa enquanto não for indenizado, a menos que o credor promova o depósito judicial do valor das benfeitorias, para garantir a indenização do embargante no momento em que os embargos forem definitivamente decididos.

Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo. O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido das benfeitorias ou resultante da compensação.

Questão interessante, com suporte na coerência e lógica jurídica, é a possibilidade de o terceiro interessado ou até mesmo aquele que promoveu embargos de terceiro e cujo pedido foi improcedente, embora tenha embargante sido reconhecido como litigante de boa fé, valer-se dos embargos de retenção de benfeitorias, para poder se ver indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, e neste caso inclusive das voluptuárias, edificadas no bem restrito judicialmente. Não obedecer com rigor as formalidades do processo indica essa possibilidade, evitando que o terceiro de boa fé, com o direito material consagrado no artigo 1.219 do Código Civil, tenha que se valer de um processo de conhecimento para reaver aquilo que lhe é de direito. Mesmo que a coisa tenha sido penhorada em ação de execução forçada por quantia certa contra devedor solvente, entendendo cabível a retenção por benfeitorias, pois se a coisa alienada haverá de ser entregue.

Por fim, vem a possibilidade de ser utilizada toda e qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, apenas reiterando o que foi afirmado anteriormente: que as matérias de defesa formal ou processual deverão ser apresentadas

como matéria de mérito. Conforme o artigo 742 regra a exceção de incompetência do juízo, bem com a de suspeição ou de impedimento do juiz.

O RECONHECIMENTO DA EXECUÇÃO E O FAVOR LEGAL

A regra trazida no novo artigo 745-A oferece favor legal ao executado que de imediato reconheça a sua dívida, evitando assim maiores sacrifícios; para isso, no entanto, é necessário que no prazo embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovado o depósito de 30%(trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer que seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1%(um por cento) ao mês. Se a proposta for deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantidade depositada e serão suspensos os atos executivos; contudo, se o pedido do exeqüente para o pagamento parcelado for indeferido, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

Essa regra passa a ser um privilégio colocado à disposição do executado, e cuja proposta de pagamento haverá de ser decidida pelo magistrado, porém, não se faz necessária a manifestação do exeqüente. O deferimento da proposta é faculdade colocada à disposição do magistrado, podendo deferi-la mesmo que o exeqüente assim não concorde.

Porém o executado que se valer do privilégio ou favor legal ficará obrigado ao pagamento até o dia determinado, conforme trazido com a proposta, e o não-pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, como imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10%(dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

OS EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO, A ALIENAÇÃO OU ARREMATAÇÃO

No prazo máximo de 5(cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, é lícito ao executado oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora.

A determinação de que a matéria de tais embargos somente pode ser superveniente à penhora indica que o executado só poderá alegar tal matéria nos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação, que não pode ser apresentada nos embargos do executado, porque os mesmos somente ocorreram após a penhora. O referido embargo somente será possível, quando se tratar de execução forçada por quantia certa contra devedor solvente por título extrajudicial.

Se forem oferecidos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação o adquirente poderá desistir da aquisição, direito esse que lhe é garantido, independentemente da concordância das artes ou do próprio juiz. Para a desistência basta o adquirente formalizar simples requerimento ao juiz competente da aquisição, o qual terá de ser deferido de plano, e com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente. Se tais embargos vierem a ser declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução, em favor daquele que desistiu da aquisição.

Na hipótese apresentada, se os embargos forem considerados protelatórios, além da multa em favor daquele que desistiu da aquisição, deve o juiz declarar o embargante como litigante de má-fé e aplicar-lhe a indenização respectiva, e ainda aplicar a multa não superior de 20%(vinte por cento) do valor da execução, sendo que essa multa e indenização serão em favor do exeqüente que sofreu os efeitos da procrastinação (arts. 17, 18, 739-B, e parágrafo único do art. 740)

Se o pedido do exeqüente quanto ao parcelamento do débito for indeferido, isso implicará a interrupção do prazo para apresentação de embargos do devedor, e a contagem será reaberta ou incidirá a partir da intimação da decisão que denegou o pedido de pagamento parcelado.

O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DA SEGUNDA FASE(EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO, EMBARGOS À ALIENAÇÃO, E EMBARGOS À ARREMATACÃO)

Conforme disposto no artigo 746, caput, do Código de Processo Civil, não há nenhuma dificuldade em determinar o momento em que passará a fluir a contagem dos 5(cinco) dias para a interposição dos embargos de adjudicação, alienação ou arrematação, pois a regra é clara : é lícito ao executado, no prazo de cinco dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer tais embargos. De outro lado, pela exegese do artigo 685-B, do parágrafo segundo do art.685-C, e do artigo 694, vamos ter que tanto a adjudicação como a alienação por iniciativa particular, e a arrematação, produzirão imediata lavratura e formalização dos respectivos autos. Acreditamos não ser possível ingressar com embargos a adjudicação, alienação ou arrematação, se já formalizada a tradição, pois o ato jurídico se tornou perfeito, não podendo ser alterado, para que possa dar segurança jurídica.

Alguns poderão entender que o prazo fluirá a partir da intimação do executado dando-lhe conhecimento da adjudicação, alienação ou arrematação, e a partir desse momento é que fluirá o prazo de cinco dias.

Situação jurídica que também pode vir a prejudicar esse prazo de cinco dias após a adjudicação, alienação ou arrematação, é que esses pedidos ou incidentes serão decididos

por interlocutória, a qual, em tese, só poderá produzir eficácia após ultrapassados o prazo de dez dias, e não podendo mais ser alcançada pelo recurso de agravo, na espécie, por instrumento. Segundo essa visão a formalização da carta de adjudicação, alienação ou arrematação só poderia ser expedida após decorridos esses dez dias, porque nesse interregno pode ser alcançada pelo recurso de agravo; então teria vigência e facilitaria a contagem do prazo de cinco dias conforme determina a art. 746, porém o legislador quer que a efetividade do processo ocorra de imediato.

A parte final do artigo 746 determina que para esta espécie de embargos sejam aplicadas as mesmas regras dos embargos da execução; sendo assim, com suporte do artigo 740, o embargado terá o prazo de 15 (quinze) dias para impugnar ou apresentar oposição aos embargos de segunda fase, cujo prazo começará a fluir do momento da intimação.

CONCLUSÃO

Após a reforma da execução iniciada com a Lei nº 11.232/2005 e concluída com a Lei nº 11.382/2006, a oposição à execução ficou dividida entre dois remédios: os embargos e a impugnação. Os primeiros são oponíveis à execução fundada em título extrajudicial e a última à execução (ou cumprimento) da sentença. Há, no entanto, uma contradição na disciplina legal dos dois remédios processuais: no caso dos embargos, o executado está autorizado a manejá-los independentemente de penhora (art. 736), enquanto que a impugnação está prevista para os quinze dias subsequentes à penhora (art. 475-J, § 1º).

A qualquer tempo e em qualquer fase do processo o juiz terá de solucionar a questão que envolva a matéria pertinente às condições do procedimento.

Ilíquidez, incerteza e inexigibilidade do título, seja em decorrência de seu próprio conteúdo, seja em razão das causas extintivas, modificativas ou impeditivas exteriores ao título, são dados que eliminam a possibilidade da execução forçada e que, quando não detectadas de início, acarretam a nulidade do processo executivo.

As condições ou requisitos de existência da execução e da validade dos atos executivos estão sob permanente controle do juízo, porquanto representam condições de legitimidade do próprio exercício da jurisdição, de maneira que, a seu respeito, não se pode admitir a preclusão temporal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LIVRAMENTO, Geraldo Aparecido do – “A Nova Execução por Quantia Certa e os Novos Embargos do Executado”:/Geraldo Aparecido do Livramento.-2ª Edição: J.H.Mizuno, 2008-219 p.

THEODORO Júnior, Humberto, “A Reforma da Execução do Título Extrajudicial”:/Humberto Theodoro Júnior.- Rio de Janeiro: Forense, 2007-279 p.